

Avhendingsloven § 3-9 andre setning

Kandidatnr: 158998

Leveringsfrist: 2. juni 2008

Veileder: Søren Willum Wiig

Til sammen 11413 ord

01.06.2008

1 Innledning.....	4
1.1 Emnet	4
1.2 Historikk.....	5
1.3 Rettskildebildet.....	7
2 Virkeområde og begrunnelse for avhendingsloven § 3-9 andre setning	8
2.1 Virkeområdet.....	8
2.2 Legislativ begrunnelse.....	8
3 Problemstillinger rundt avhendingsloven § 3-9 andre setning.....	10
3.1 Tolkningen av alminnelige forbehold	10
3.1.1 Er det tatt et gyldig forbehold?.....	10
3.1.2 Konkrete forbehold utover ”som den er”	12
3.1.3 Dekker forbeholdet alle typer mangler? – forholdet til avtaleloven § 36	13
3.2 Forholdet til hovedregelen om mangler i avhendingsloven § 3-1 første ledd.....	14
3.3 Hva har kjøper ”grunn til å rekne med”?	16
3.3.1 Innledning.....	16
3.3.2 Kjøpesummens betydning	17
3.3.3 ”tilhøva elles”	19
3.3.3.1 Innledning.....	19
3.3.3.2 Boligens alder.....	19
3.3.3.3 Vedlikehold	20
3.3.3.4 Byggeskikk.....	21
3.3.3.5 Opplysninger kjøper får fra selgersiden	22
3.3.3.6 Momenter av subjektiv karakter.....	23
3.4 Vesentligkriteriet.....	24
3.4.1 Innledning.....	24
3.4.2 ”Prosentlæren”	25
3.4.3 Høye og lave utbedringskostnader i forhold til kjøpesummen – de konkrete omstendigheters betydning.....	28
3.4.4 Flere mindre feil til sammen ”vesentleg”?.....	29
3.4.5 Hvordan skal det prosentvise forholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader beregnes?	30
3.4.6 Forholdet mellom vesentligkriteriet og mangler som kan påberopes etter §§ 3-7 og 3-8.....	32

3.5 Forholdet til reklamasjonsfristen.....	33
3.6 Avhendingsloven § 3-9 andre setning og forholdet til andre mangelsbestemmelser i avhendingsloven.....	34
3.6.1 Innledning.....	34
3.6.2 Forholdet til avhendingsloven § 3-2 første ledd – formålsmangler	35
3.6.3 Forholdet til avhendingsloven § 3-2 annet ledd – forskriftsmangler	35
3.6.4 Forholdet til avhendingsloven § 3-3 – arealsvikt	37
3.6.5 Forholdet til avhendingsloven §§ 3-4 – 3-6a - tilbehørsmangler	38
3.6.6 Forholdet til avhendingsloven §§ 4-17 og 4-18 – retts- og rådighetsmangler	38
4 Register.....	38
4.1 Litteratur.....	38
4.2 Dommer.....	39
4.2.1 Høyesterett	39
4.2.2 Lagmannsrettene	39
4.3 Forarbeider	40

1 Innledning

1.1 Emnet

Brukte boliger selges i dag, i likhet med de fleste andre brukte gjenstander, nesten utelukkende med et alminnelig forbehold av typen ”som den er”, ”as is” eller lignende. Et slikt forbehold gir uttrykk for at kjøper skal overta boligen i nøyaktig den stand den er i på avtaletidspunktet. Boligen vil da være i samsvar med det som ”følger av avtala” selv om det skulle vise seg å foreligge skader eller andre feil ved den, jfr. hovedregelen om når det foreligger mangel i avhendingsloven § 3-1 første ledd. I prinsippet innebærer derfor et slikt generelt forbehold en nesten fullstendig ansvarsfraskrivelse fra selgers side.

Generelle forbehold står i motsetning til spesifikke forbehold. Ved de spesifikke forbehold tar selger forbehold om at det er særskilte forhold han ikke vil ha risikoen for. Kjøper får på denne måten en oppfordring om å undersøke disse forhold særlig nøye før han eventuelt innlater seg på en handel. Når det derimot er tale om et generelt forbehold, er det eiendommen som helhet selger ønsker å fraskrive seg ansvaret for. Kjøper får da ingen oppfordring om at det er enkelte forhold som bør undersøkes nærmere, og det er således en lite håndfast risiko som tas. For kjøper fremstår dermed generelle forbehold som mer betenkelige enn de spesifikke forbehold, og det oppstår spørsmål om slike forbehold får virkning etter sitt innhold.

Avhendingsloven § 3-9 regulerer tilfeller hvor eiendommer er solgt med et forbehold av typen ”som den er” eller lignende. Bestemmelsen lyder:

”Endå om egedomen er selt « som han er » eller med liknande allment atterhald, har egedomen likevel mangel der dette følgjer av §§ 3-7 eller 3-8. Egedomen har også mangel dersom han er i vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles.”

Bestemmelsen er gitt for å begrense rekkevidden av generelle forbehold, og tilsvarer i det vesentlige regelen om ting solgt ”som den er” i kjøpsloven § 19 første ledd.¹

Av bestemmelsens første punktum fremgår det at selgers opplysningsplikt og ansvar for uriktige opplysninger etter §§ 3-7 og 3-8 slår igjennom overfor en ”som den er” klausul.

Avhendingsloven § 3-7 er utslag av det alminnelige prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold.² Det samme må sies om avhendingsloven § 3-8. Kjøper må kunne stole på at de opplysninger som gis av selger er korrekte. Et ”som den er” forbehold rokker altså ikke ved selgers plikt til å opptre lojalt overfor kjøper.

Av avhendingsloven § 3-9 annet punktum følger det videre at også vesentlig svikt ved eiendommens tilstand på nærmere vilkår kan utgjøre en mangel. Det vil i denne avhandlingen avgrenses mot avhendingsloven § 3-9 første punktum. Situasjonen er da at selger har oppfylt sin plikt til å gi opplysninger etter avhendingsloven § 3-7, og de opplysninger som er gitt er korrekte, jfr. avhendingsloven § 3-8. Selger har med andre ord opptrådt lojalt overfor kjøper. Problemstillingen er da hva som skal til for at det på tross av en ”som den er” klausul likevel foreligger mangel ved eiendommen – hva kreves det for at eiendommen skal sies å være i ”vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles”?

1.2 Historikk

Før avhendingsloven av 1992 var forholdet mellom kjøper og selger ved avhending av fast eiendom regulert av ulovfestet rett. Reglene ble utformet gjennom sedvane og rettspraksis.³ Avhendingsloven er i stor grad en videreføring av gjeldende rett.⁴

For de bestemmelser i avhendingsloven som viderefører gjeldende rett, vil rettspraksis fra tiden før avhendingsloven fortsatt være relevant. Det er derfor av interesse å klarlegge hvilke

¹ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

² LB-2001-1424, Hov; Avtaleslutning og ugyldighet, s. 41.

³ Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 1.

⁴ Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 2.

regler som gjaldt for eiendommer solgt med alminnelig forbehold i tiden før avhendingsloven § 3-9.

Allerede i Rt. 1926 s. 535 (s. 538) slo Høyesterett fast at en klausul om ansvarsfraskrivelse ikke nødvendigvis godtas fullt ut. Det var i kjøpekontrakten bestemt at ”..eiendommen selges og kjøpes i den stand, den nu befinder sig, med grund, huse osv. ..”. Det forelå store soppskader ved huset. Høyesterett uttalte at dersom klausulen var ment å skulle fraskrive ”..alt ansvar for selv de betydeligste skjulte feil..” måtte det være gitt mye klarere uttrykk for det.

En prinsipielt viktig avgjørelse er Rt. 1933 s. 1218. Kjøper gjorde gjeldende at det forelå mangel i form av soppangrep. Det var for kjøper utrykkelig opplyst at huset var ”i god stand og nyoppusset”. Soppskadene var ikke synlige ved den alminnelige besiktigelsen kjøper hadde foretatt. Høyesterett kunne ”under disse omstendigheter ikke anse det rimelig at kjøperen skulde være forberedt paa at kjellerrummene til gaten var angrepet av den ekte hussopp, et angrep som ved reparasjonen av 1926 var innklædt ved panelet paa veggen, eller forberedt paa at bjelkene i bryggerhusets tak var helt ødelagt av poriasopp.” Kjøper hadde etter Høyesteretts syn altså ikke noen grunn til å regne med at huset var angrepet av sopp. Selger anførte at han var fri for ansvar på grunn av en klausul i kjøpekontrakten om at leiegården solgtes ”i den stand hvori den i dag forefinnes”. Høyesterett kom imidlertid til at den ”almindelige og generelt formede klausul” ikke kunne tillegges den betydning at selgeren hadde fraskrevet seg ansvar for skjulte feil (s. 1223). Dommen fastslår at upåregnelig omfattende soppskade utgjør en kjøpsrettslig mangel selv om eiendommen er overtatt ”som den forefinnes”.⁵ Resonnementet i dommen har således betydelige likheter med den vurdering avhendingsloven § 3-9 andre setning gir anvisning på. Prinsippene fra Rt. 1933 s. 1218 ble fulgt opp i Rt. 1934 s. 92. Resultatet gikk her i mot kjøper.

I Rt. 1982 s. 1357 var det tatt et alminnelig forbehold i kontrakten mellom selger og kjøper. Høyesterett fant at klausulen om ansvarsfraskrivelse måtte tolkes slik ”at den gjelder eventuelle mangler ved eiendommen av mer tradisjonell karakter, såsom fysiske skader, dårlig håndverk eller andre forhold som ofte undersøkes og kontrolleres ved befaring.” Slik forstått mente Høyesterett at ansvarsfraskrivelsen ikke gjaldt for ”.. den grunnleggende mangel ved lagerbygningens konstruksjon..”.

⁵ Krüger; Norsk kjøpsrett, s. 246.

Det ovennevnte viser at domstolene i tiden før avhendingsloven ikke lot alminnelige forbehold få virkning etter sitt innhold ved upåregnelige, ikke synbare skader av stort omfang. Dette synes å ligge tett opp til den vurdering som avhendingsloven § 3-9 foreskriver. Bestemmelsen må derfor i stor grad anses for å være kun en videreføring av det som var gjeldende rett i tiden før avhendingsloven. Dette innebærer at også rettspraksis fra tiden før avhendingsloven vil kunne være relevant for praktiseringen av avhendingsloven § 3-9 andre setning.

1.3 Rettskildebildet

Oppgaven vil bygge på den tradisjonelle juridiske metode. Lovens ordlyd, dens forarbeider, rettspraksis, juridisk teori, samt reelle hensyn er det som da vil bli tillagt vekt som rettskilder.

De sentrale forarbeider til avhendingsloven er Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) og Innst. O. nr. 71 (1991-1992). Av den foreliggende rettspraksis rundt avhendingsloven er forholdsvis få fra Høyesterett. Som nevnt vil imidlertid høyesterettsavgjørelser fra tiden før avhendingsloven kunne få betydning ved praktiseringen av avhendingsloven § 3-9 andre setning, i det bestemmelsen er å anse som en videreføring av tidligere gjeldende rett.

Det foreligger mange avgjørelser fra lagmannsrettene. I utgangspunktet har lagmannsrettsavgjørelser begrenset rettskildemessig vekt. Ved fravær av høyesterettsdommer kan det dog være naturlig å tillegge slike noe mer vekt enn ellers.⁶ Dersom flere dommer fra lagmannsrettene slutter opp om det samme, kan også det trekke i tilsvarende retning.⁷

Det foreligger ellers en del juridisk teori om emnet. Vekten av det som hevdes i litteraturen vil være avhengig av hvor sterkt det er underbygd med reelle hensyn og argumenter.⁸

Avhendingsloven bygger i meget stor grad på kjøpsloven av 1988.⁹ Proposisjonen til kjøpsloven, Ot. prp. nr. 80 (1986-1987), vil derfor kunne ha betydning for tolkningen av avhendingsloven.

⁶ Nygaard; Rettsgrunnlag og standpunkt, s. 210.

⁷ Nygaard; Rettsgrunnlag og standpunkt, s. 210.

⁸ Nygaard; Rettsgrunnlag og standpunkt, s. 269.

⁹ Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 19.

2 Virkeområde og begrunnelse for avhendingsloven § 3-9 andre setning

2.1 Virkeområdet

Virkeområdet for avhendingsloven fremgår i lovens § 1-1. Bestemmelsens første ledd første punktum sier at avhendingsloven kommer til anvendelse ved overdragelse av fast eiendom ved *frivillig* salg, bytte eller gave. Det er de rene salgstilfeller som er praktisk viktigst for § 3-9 sitt vedkommende. Avhandlingen vil derfor avgrenses til disse. I avhendingsloven § 1-1 første ledd annet punktum presiseres ”fast eiendom” til å omfatte ”grunn og bygninger” og ellers andre innretninger som er ”varig forbundne med grunnen”. Tredje punktum sier at overdragelse av sameiepart i fast eiendom, av eierseksjoner og av tomtefesterett også omfattes av avhendingsloven. Avhendingsloven gjelder ikke for avtaler som omfattes av lov av 13. juni 1997 nr. 43 (bustadoppføringlova), jfr. avhendingsloven § 1-1 annet ledd.

Avhendingsloven § 3-9 er preseptorisk i forbrukerkjøp, jfr. avhendingsloven § 1-2 annet ledd. Det følger av avhendingsloven § 1-2 tredje ledd at det er forbrukerkjøp når kjøper er en fysisk person som ikke hovedsaklig handler som ledd i næringsvirksomhet.

2.2 Legislativ begrunnelse

Utgangspunktet etter den alminnelige kontraktsrett er at partene har avtalefrihet. Et ”som den er” forbehold er en avtale som definerer i hvilken stand eiendommen overtas. Som nevnt innledningsvis kan det i prinsippet ikke foreligge mangel ved en eiendom solgt ”som den er”. Hva er det da som begrunner regelen om at eiendommen likevel kan ha mangel dersom den er i ”vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles”?

Det er klart at selger kan ha et legitimt behov for å fraskrive seg ansvar for eventuelle skjulte feil og skader ved eiendommen. Det kan for eksempel tenkes det tilfellet at selger har arvet huset fra sin gamle tante. Selger har gjerne i slike tilfeller liten kunnskap om boligens tekniske tilstand. For selger foreligger det da et klart behov for å kunne fraskrive seg ansvaret for skjulte feil ved et alminnelig forbehold. Kjøperen vil på sin side kunne avpasse kjøpesummen etter den risiko han tar ved i et slikt tilfelle å inngå kjøpsavtale med et alminnelig forbehold fra selgers side.

Også utenfor de tilfeller hvor selger har begrenset kunnskap om eiendommen kan behovet for å fraskrive seg ansvaret for skjulte feil være tilstede. Reklamasjoner fra kjøper inntil fem år etter salgstidspunktet har potensiale til å ramme selger hardt. Hensikten med avhendingsloven § 3-9 er å begrense rekkevidden av ”som den er” klausuler,¹⁰ og bestemmelsen kan som nevnt ikke fravikes til ugunst for forbruker, jfr. avhendingsloven § 1-2 annet ledd andre setning. Forbrukerkjøperen skal altså beskyttes mot for vidtgående virkninger av alminnelige forbehold. Selger er imidlertid i de aller fleste tilfeller likestilt med kjøper hva gjelder styrkeforholdet mellom partene. I langt på vei de fleste tilfeller kan det nemlig hevdes at også selger reelt sett er ”forbruker”. Dermed rammer et prisavslagskrav flere år etter salget hardt den selger som har brukt salgssummen til å kjøpe ny bolig.

På den annen side er det klart at en fullstendig ansvarsfraskrivelse også vil kunne ramme kjøper hardt. Eksempelvis medfører gjerne omfattende fuktskader reparasjonskostnader på flere hundre tusen kroner. Når skader og feil ved eiendommen på denne måten i vesentlig grad overskrider det kjøper etter omstendighetene hadde rimelig grunn til å vente, blir det et spørsmål om hvem som er nærmest til å bære risikoen for dette.

Når det viser seg at en eiendom var beheftet med store mangler på kjøpstidspunktet, har selger objektivt sett solgt noe som i realiteten kun var verdt kjøpesummen minus utbedringskostnadene. Det kan da i samsvar med det kjøpsrettslige prinsippet om et rimelig samsvar mellom kjøpesum og motytelse hevdes at det er selger som er den nærmeste til å bære risikoen for dette.

¹⁰ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

Videre er det ofte slik at visninger foregår over et kort tidsrom sammen med andre interessenter. I et hektisk boligmarked er det sjelden at kjøper får anledning til å undersøke eiendommen særlig nøye før et kjøp gjennomføres.

På tross av at partene i realiteten er likeverdige, har lovgiver funnet at selger må bære risikoen for at eiendommen viser seg å være i vesentlig dårligere stand enn forventet. Med avhendingsloven § 3-9 andre setning innskrenkes således partenenes avtalefrihet i kjøpers favør. For at kjøper skal beskyttes mot for vidtrekkende virkninger av alminnelige forbehold, får dermed bestemmelsen trinnhøyde over partenenes avtale.

3 Problemstillinger rundt avhendingsloven § 3-9 andre setning

3.1 Tolkningen av alminnelige forbehold

3.1.1 Er det tatt et gyldig forbehold?

I kjøpekontrakten mellom selger og kjøper inntas forbehold fra selgers side på forskjellige måter. Avhendingsloven § 3-9 gjelder for eiendommer solgt ”som den er” eller med ”liknande allment atterhald”. Spørsmålet er hva som er å anse som ”liknande allment atterhald”.

Det er klart at det må dreie seg om et alminnelig forbehold, i motsetning til et spesifisert forbehold, jfr. ”allment”. Forarbeidene nevner ”i besiktiga stand”, og ”utan ansvar for skjulte feil og manglar” som eksempel på andre forbehold som omfattes av bestemmelsen.¹¹ Det forekommer at det i kontrakten mellom selger og kjøper sies at eiendommen ”er besiktiget”. Ordlyden kan i et slikt tilfelle forstås som at det bare er et informativt varsel i forhold til avhendingsloven § 3-10 om kjøpers forhåndsundersøkelse av eiendommen, og altså ikke et alminnelig forbehold som reguleres av § 3-9. Den nevnte formuleringen definerer ikke på noen måte i hvilken stand kjøper skal overta eiendommen, i motsetning til formuleringen

¹¹ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

”som besikket”. I utgangspunktet kan da ikke formuleringen ”er besikket” ses på som et forbehold som reguleres av avhendingsloven § 3-9. Det er imidlertid klart at dersom både selger og kjøper mente at dette innebar et alminnelig forbehold, er det i samsvar med alminnelig avtalerett dette som må legges til grunn. Ellers må formuleringen ”er besikket” følges opp av noe som beskriver hvilken stand kjøper skal overta eiendommen, for eksempel at eiendommen ”er besikket, og overtas av kjøper i den stand den var ved besikket”. Siste del er her et forbehold som klart omfattes av avhendingsloven § 3-9.¹²

Det kan imidlertid spørres om et gyldig forbehold forutsetter en uttrykkelig klausul om at eiendommen selges ”som den er” eller liknende. Sagt med andre ord er spørsmålet om manglende uttrykkelig ”som den er” klausul innebærer at de alminnelige regler om mangler får anvendelse framfor avhendingsloven § 3-9. Kan for eksempel kjøper i et slikt tilfelle alltid gjøre gjeldende en mangel etter avhendingsloven § 3-2 første ledd om manglende formålstjenlighet? Spørsmålet er drøftet i juridisk teori av spesielt Krüger. Krüger påpeker at det ikke er rimelig å legge vekt på formalia dersom kjøpsomstendighetene ved fortolkning viser at det reelt sett er et ”som den er” kjøp selgeren har forutsatt og kjøperen har akseptert.¹³ Nettopp dette følger vel i og for seg av regler om alminnelig avtaletolkning.

I RG 2001 s. 643 Borgarting var det tatt et ”som den er” forbehold, men retten har likevel en generell bemerkning om hvorvidt slike forbehold må tas uttrykkelig. Det uttales at det er ”for øvrig så vanlig at hus selges med en slik klausul at dette er noe enhver kjøper uten videre må regne med, særlig når det er tale om et så gammelt hus som i dette tilfellet hvor en slik klausul i særlig grad har sin berettigelse.”

Krüger mener også at det er grunn til å oppfatte ”iallfall” kjøpsloven § 19 - som regulerer løsøre solgt med alminnelig forbehold - som ”åpne og alminnelige regler om hvordan mangelsvurderingen skal gjennomføres der det ut fra avtalen eller avtalens forutsetninger fremgår at kjøperen har risiko for skjult elde og slitasje”.¹⁴ Videre påpeker Krüger at det for eiendomskjøpenes vedkommende i slike tilfeller må anses som del av den normale kjøpsavtale at kjøper har risikoen for skjulte mangler, jfr. avhendingsloven § 3-1 første ledd. Dermed vil løsningen etter avhendingsloven i følge Krüger måtte bli den samme som etter

¹² Bergsåker; Kjøp av fast eiendom, s. 180.

¹³ Krüger; Norsk kjøpsrett, s. 234.

¹⁴ Krüger; Norsk kjøpsrett, s. 234.

kjøpsloven.¹⁵ Dette medfører at avhendingsloven § 3-9 går foran § 3-2 første ledd i de tilfeller hvor det må anses underforstått at kjøper har risikoen for skjulte mangler.

3.1.2 Konkrete forbehold utover ”som den er”

Det forekommer at selger i tillegg til å innta et alminnelig forbehold i kontrakten, også tar et spesifisert forbehold vedrørende et eller flere forhold ved eiendommen. Avhendingsloven § 3-9 regulerer de generelle forbehold, mens utgangspunktet er at de spesifiserte forbehold reguleres av avhendingsloven § 3-1 første ledd. For tilfeller hvor det er inntatt både generelle og spesifiserte forbehold kan det dermed oppstå spørsmål om hvilken av disse bestemmelsene mangelsvurderingen skal foretas etter.

Problemstillingen behandles av Høyesterett i Rt. 2002 s. 1425 (Bukkeboddommen). I tillegg til at boligen ble solgt med et alminnelig forbehold, ble kjøperne gjort spesielt oppmerksom på problemer med vanninntrengning. Som førstvoterende uttrykte det var det ”..ikke bare tatt et « som den er »-forbehold, men det er også gjort uttrykkelig oppmerksom på en bestemt feil - problemet med vanninntrengning i underetasjen” (s. 1429). Det ser med andre ord ut som om Høyesterett ser på dette som et spesifisert forbehold i tillegg til det generelle ”som den er” forbeholdet. Når det var uttrykkelig opplyst om problemene med vanninntrengning, kunne det etter førstvoterendes syn reises spørsmål om å knytte mangelsdrøftelsen til avhendingsloven § 3-1 som viser til hva som ”følger av avtale” mellom kjøper og selger. I tillegg var det fra selger anført at avhendingsloven § 3-10 andre ledd fikk betydning. Denne bestemmelsen sier at kjøperen ikke kan gjøre gjeldende som mangel noe han burde ha vært kjent med før kjøpet, dersom han burde ha oppdaget forholdet ved undersøkelsen av eiendommen, eller han har uten rimelig grunn unnlatt å etterkomme selgers oppfordring om en slik forhåndsundersøkelse. Førstvoterende fant imidlertid at uttrykket ”tilhøva elles” i avhendingsloven § 3-9 andre setning er ”..så vidt at det må dekke også en slik situasjon” (s. 1429).

¹⁵ Krüger; Norsk kjøpsrett, s. 234.

Det fremgår ikke helt klart av Bukkeboddommen om Høyesterett faktisk så på forholdet som et spesifisert forbehold. Når førstvoterendes slutning er at ”tilhøva elles” favner så vidt at det uansett dekker en slik situasjonen, må dette imidlertid forstås som at Høyesterett gir avhendingsloven § 3-9 anvendelse i slike situasjoner.

I utgangspunktet regulerer avhendingsloven § 3-9 de ”ikke – presiserte” forbehold.¹⁶ Som det fremgår ovenfor gir likevel Høyesterett bestemmelsen anvendelse der det er tatt et konkret forbehold i tillegg til et generelt forbehold. Når avhendingsloven § 3-9 får anvendelse i slike tilfeller, vil det innebære at kjøper må påberope seg avhendingsloven § 3-9 andre setning på feilen som omfattes av det spesifiserte forbeholdet. Spørsmålet er da hva det innebærer.

Dersom avhendingsloven § 3-1 anvendes i et slikt tilfelle, vil det avgjørende for om det foreligger mangel være om det foreligger avvik fra det som ”følgjer av avtala”, jfr. første ledd første setning. Om det derimot er avhendingsloven § 3-9 andre setning som gis anvendelse, må eiendommen i *vesentlig* grad avvike fra det selger hadde ”grunn til å rekne med” om eiendommen ut fra kjøpesummen og ”tilhøva elles”. At det er avhendingsloven § 3-9 som gis anvendelse i slike tilfeller, innebærer dermed at det skal mer til for at kjøper vinner frem med et mangelskrav enn hvis § 3-1 gis anvendelse.

3.1.3 Dekker forbeholdet alle typer mangler? – forholdet til avtaleloven § 36

Avhendingsloven § 3-9 kan altså medføre at et generelt forbehold ikke får virkning etter sitt innhold. En avtale kan imidlertid også ”helt eller delvis settes til side eller endres” etter avtaleloven (lov 31. mai 1918 nr. 4) § 36. Spørsmålet er om avtaleloven § 36 har selvstendig betydning ved siden av avhendingsloven § 3-9.

Etter avhendingsloven § 3-9 må forholdene som medfører at ”som den er” forbeholdet ikke får virkning etter sitt innhold være tilstede på kjøpstidspunktet. I følge avtaleloven § 36 kan det ved vurderingen av om avtalen skal lempes også legges vekt på ”senere inntrådte forhold”. Dette er en viktig forskjell i forhold til avhendingsloven § 3-9.

¹⁶ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

I forarbeidene til avhendingsloven § 3-9 bemerkes det at avtaleloven § 36 kan komme til anvendelse dersom et generelt forbehold skulle vise seg å få svært vidtrekkende konsekvenser.¹⁷ Samtidig uttales det at det mer generelt er grunn til å tro at ”som den er” forbehold vil gå klar av avtaleloven § 36, ”ikke minst fordi generelle forbehold ofte vil bli tolket innskrenkende”.

At klausulen tolkes innskrenkende er hensiktsmessig der det foreligger upåregnelige mangler av en annen art enn de mangler som er tenkt omfattet av et alminnelig forbehold. For eksempel ble det generelle forbeholdet i den tidligere nevnte Rt. 1982 s. 1357 tolket slik at det ikke gjaldt for ”den grunnleggende mangel ved konstruksjonen”.

Rt. 1997 s. 70 gjaldt kjøp av grunn der det var større risiko for fornminner enn forutsatt. Det ble gitt uttrykk for at det generelt kan ”..være grunn til å tolke slike bestemmelser restriktivt..” (s. 76), men at tolkningen likevel må skje på bakgrunn av øvrige omstendigheter i saken.

I Rt. 2002 s. 696 var det tale om profesjonelle parter, risikoen for forurensning i grunnen var synbar, og det finansielle aspekt var fremtredende. Høyesterett fant da at ”som den er” klausulen omfattet forurensning i grunnen.

Det ser altså ut til at domstolene i tråd med forarbeidenes antakelser tolker ”som den er” klausulene innskrenkende i de tilfeller hvor klausulene kan se ut til å få en nærmest urimelig virkning. Det er da vanskelig å tenke seg tilfeller hvor avtaleloven § 36 får selvstendig betydning i forhold til avhendingsloven § 3-9 andre setning.

3.2 Forholdet til hovedregelen om mangler i avhendingsloven § 3-1 første ledd.

Hovedregelen om når det foreligger mangel etter avhendingsloven følger av § 3-1 første ledd første punktum. Etter denne bestemmelsen foreligger det mangel dersom eiendommen ikke er

¹⁷ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

i samsvar med de krav til kvalitet, utrusting og annet som ”følger av avtala”. Det er altså det som er avtalt mellom partene som er utgangspunktet for vurderingen. For å finne ut hva som ”følger av avtala” må avtalen tolkes på bakgrunn av alminnelige regler om avtaletolkning. I samsvar med reglene om avtaletolkning er det klart at noe kan anses å følge av avtalen uten at det uttrykkelig fremgår av dens ordlyd. Det kan i denne forbindelse vises til avgjørelsen i RG 1998 s. 1483 Borgarting, hvor kjøpekontrakten ga ”få eller ingen holdepunkter for vurderingen”. Det uttales at man ”ved vurderingen av hva som er avtalt ikke bare se[r] hen til hva som følger av den skriftlige kjøpekontrakten, men også muntlige utsagn og skriftlige dokumenter som har vært lagt fram i forbindelse med kjøpet, slik som takst og salgsoppgave over eiendommen.”

Salgsoppgaven og taksten, som var forevist kjøper, fremstilte boligen i ”et generelt positivt lys”. På bakgrunn av dette hadde kjøper ”grunn til å regne med at han kjøpte en eiendom av høy standard”. Det essensielle er at dersom kjøperen ut fra forholdene hadde rimelig grunn til å regne med at eiendommen oppfyller visse krav, vil det kunne foreligge mangel dersom eiendommen ikke innfrir disse forventningene.¹⁸

Når en eiendom selges ”som den er”, er imidlertid meningen nettopp den at kjøper skal overta eiendommen som den er, uten at selger skal ha noe ansvar for skader og feil som eventuelt hefter ved eiendommen. Partene avtaler seg dermed bort fra hovedregelen om mangler i avhendingsloven § 3-1 første ledd, og mangelsspørsmålet må avgjøres med basis i avhendingsloven § 3-9. Det kan imidlertid spørres om ikke vurderingen av om det foreligger mangel etter avhendingsloven §3-1 første ledd likevel har betydning for vurderingen som skal foretas etter avhendingsloven §3-9 andre setning.

Etter avhendingsloven § 3-9 andre setning må eiendommens faktiske tilstand holdes opp mot hva kjøperen hadde ”grunn til å rekne med”. Først når den faktiske tilstand avviker ”vesentleg” fra kjøpers forventninger foreligger det mangel etter avhl. §3-9 andre setning. Det er dermed tale om en todelt vurdering, hvor utgangspunktet er å finne ut hva kjøper hadde ”grunn til å rekne med” om eiendommens tilstand ut fra ”kjøpesummen og tilhøva elles”.

Det er altså hva kjøper har ”grunn” til å regne med som først må vurderes etter avhendingsloven § 3-9 andre setning. Av ordlyden fremgår det at det er den forventning til

¹⁸ Bergsåker; Kjøp av fast eiendom, s. 156.

eiendommen som kjøper med rimelighet kunne få ut fra kjøpesummen og forholdene ellers som må bringes på det rene. Vurderingen av hva som ”følger av avtala” etter avhendingsloven § 3-1 første ledd og vurderingen av hva kjøper hadde ”grunn til å rekne med” etter § 3-9 andre setning vil på denne måten bli sammenfallende. I RG 2001 s. 56 Borgarting uttrykkes det om dette at ” Vurderingen etter avhendingsloven § 3-9 er den samme skjønnsmessige totalvurdering av avtaleforholdet som etter avhendingsloven § 3-1, men slik at selgeren ville ha en større margin å gå på.”

Forskjellen består i at dersom det konstateres avvik fra det kjøper med rimelighet kunne forvente, vil det etter avhendingsloven § 3-1 første ledd normalt foreligge mangel, mens det etter avhendingsloven § 3-9 andre setning i tillegg kreves at avviket er ”vesentleg”. På bakgrunn av det ovennevnte vil dermed rettspraksis rundt mangelsvurderingen etter avhendingsloven § 3-1 første ledd være relevant i forhold til hva en kjøper har ”grunn til å rekne med” etter avhendingsloven § 3-9 andre setning.

3.3 Hva har kjøper ”grunn til å rekne med”?

3.3.1 Innledning

Det er altså hva kjøper hadde ”grunn til å rekne med” om eiendommens tilstand som først må bringes på det rene etter avhendingsloven § 3-9 andre setning. Som påpekt ovenfor følger det av ordlyden at det er de berettigede forventningene kjøper på bakgrunn av kjøpesummen og forholdene ellers kunne få til eiendommen det må bringes klarhet i. Kjøpers rent faktiske forventninger er altså ikke avgjørende. Dette tilsier at det er tale om en objektiv vurdering. I Eidsivating lagmannsretts dom av 26. april 2002¹⁹ uttales det også at vurderingen må foretas ”ut fra en objektiv målestokk”.

At vurderingen er objektiv er imidlertid bare utgangspunktet. Subjektive forhold kan nemlig tenkes å få betydning. Dette vil bli behandlet senere i oppgaven.

¹⁹ LE-2001-653.

3.3.2 Kjøpesummens betydning

Spørsmålet er så hvilken betydning ”kjøpesummen” har ved vurderingen av hva kjøper har ”grunn til å rekne med”. Det er naturlig å forstå dette momentet slik at kjøpesummen skal gjenspeile kvaliteten. Slik forstått skal da en bolig som selges til en høyere pris enn andre boliger av noenlunde lik størrelse og alder i samme geografiske område presumeres å ha god kvalitet. Det er imidlertid innlysende at dette ikke kan gjelde ubetinget. En høy kjøpesum kan for eksempel komme av at eiendommen har en attraktiv beliggenhet, mens bygningsmassen ikke nødvendigvis er av spesielt god kvalitet.

En annen innvending mot kjøpesummen som indikator på hvilken kvalitet kjøper har grunn til å forvente er at kjøpesummen ofte er et resultat av budgivning mellom flere parter. Prisen kan da fort overstige det selger i utgangspunktet forlanger. Fra de senere års ”opphetede” boligmarked er det nok av eksempler fra media og meglerfirmaers egenreklame på at kjøpesummen ofte overstiger prisantydningen i ikke ubetydelig grad. Om kjøpesummen da legges til grunn som vurderingsmoment for kjøpers forventninger til eiendommens kvalitet vil det som Wyller uttrykker det innebære at kjøperen ”kunne stille strengere kvalitetskrav jo høyere prisen ble budt opp”.²⁰ Dette kan virke lite hensiktsmessig, og det kan spørres om det på tross av den klare ordlyden heller er selgers prisantydning eller takst som skal legges til grunn.

Som nevnt er ordlyden klar. Forarbeidene til avhendingsloven § 3-9 behandler ikke eksplisitt spørsmålet, men viser til odelstingsproposisjonen til den tilsvarende regel i kjøpsloven § 19 første ledd bokstav c.²¹ I denne proposisjonen uttales det at kjøpsloven § 19 første ledd bokstav c ikke uten videre passer ved auksjonssalg, der ”kjøperen selv bestemmer kjøpesummen”. Det ble derfor foreslått at ”utropsprisen” skulle legges til grunn i stedet for kjøpesummen ved auksjonssalg.²² Eiendomssalg kan ses på som en form for auksjonssalg, slik at de samme hensyn gjør seg gjeldende. Med støtte i de ovennevnte uttalelser tilsier dette at prisantydning eller takst er bedre egnet som vurderingsgrunnlag enn den faktiske kjøpesummen. Det må bemerkes at departementets forslag aldri kom til uttrykk i kjøpsloven

²⁰ Wyller; Kjøpsretten i et nøtteskall, s. 112.

²¹ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

²² Ot. prp. nr. 80 (1986-1987) s. 62.

§ 19 fordi ”utropspris” var for upresist som kriterium.²³ Kjøpsloven § 19 andre ledd om auksjonssalg ble i stedet utformet slik at reglene i første ledd gjelder tilsvarende ”så langt de passer”.

Spørsmålet har vært oppe for domstolene. I Borgarting lagmannsretts dom 28. mai 2001²⁴ var kjøpesummen ”et resultat av budgivning”. Retten var derfor av den oppfatning at det var ”selgernes prisantydning gjennom taksten” som skulle brukes som grunnlag ved vurderingen. Motsatt standpunkt tok flertallet i Agder lagmannsrett i avgjørelsen fra 19. desember 2001.²⁵ Selger, som var et dødsbo, anførte at det var prisantydningen som måtte legges til grunn ved vurderingen av hva kjøper hadde ”grunn til å rekne med”. Til støtte for dette viste selger til Bergsåkers ”Kjøp av fast eiendom”. Rettens flertall fant imidlertid at den klare ordlyden i avhendingsloven § 3-9 andre setning ikke kunne fravikes i dette tilfellet. Flertallet la ”uansett” til grunn at kjøper ikke hadde inngitt bud etter en slik budrunde som beskrevet i Bergsåkers bok, men at kjøper hadde inngitt sitt bud etter ”en direkte oppfordring og anbefaling fra boet om å kjøpe eiendommen”. Rettens mindretall kom på sin side til at det i tråd med Bergsåkers synspunkter var ”riktigst her å ta utgangspunkt i prisantydningen”.

I RG 2004 s. 357 Frostating fant retten at ”kjøpesummen vil ha mindre vekt i den samlede vurdering dersom kjøperen selv har medvirket til en høyere pris gjennom budgivning, særlig hvor kjøpesummen som her avviker betydelig fra prisantydningen.” Problemstillingen kom imidlertid ikke på spissen, idet retten kom til at det forelå mangel uavhengig av om kjøpesummen eller prisantydningen ble lagt til grunn.

Som det fremgår ovenfor er det ingen entydig rettspraksis rundt dette spørsmålet. Det synes da ikke riktig å konkludere med at ”kjøpesummen” alltid er den faktiske kjøpesummen. Det mest hensiktsmessige synes å være at det må avgjøres konkret om det er den faktiske kjøpesummen eller prisantydning/takst som skal legges til grunn. De nærmere kriterier for denne vurderingen lar seg ikke enkelt fastslå. Det som imidlertid bør være avgjørende er at det av alternativene som tegner et riktigst bilde av eiendommens tilstand legges til grunn. Er kjøpesummen drevet høyt opp på grunn av en intens budgivning mellom flere interessenter, synes prisantydning eller takst å tegne et riktigst bilde av eiendommens tilstand. Tilsvarende

²³ Innst. O. nr. 51 (1987-88) s. 17.

²⁴ LB-2001-3067.

²⁵ LA-2001-531.

kan det tenkes at det er nedgangstider i boligmarkedet. Dersom en ”tungsolgt” eiendom da selges for en sum betydelig lavere enn selgers prisantydning eller oppgitte takst, synes det også mest hensiktsmessig å legge prisantydning/takst til grunn.

3.3.3 ”tilhøva elles”

3.3.3.1 Innledning

Innholdet i ”tilhøva elles” lar seg ikke enkelt fastslå. Det er et vidt begrep. Språklig gir det anvisning på at alle momenter som kan være egnet til å influere på hvilken berettiget forventning kjøper kan ha til eiendommen skal tas i betraktning. Det skal i det følgende gjøres rede for en del slike forhold som er praktisk viktige.

3.3.3.2 Boligens alder

For det første kan boligens *alder* spille inn på hva en kjøper har grunn til å regne med. Som med det meste annet vil en nyere bolig normalt være i bedre kvalitetsmessig stand enn en tilsvarende eldre bolig. En kjøper må dermed ta alderen i betraktning, og kan da ikke ha ”grunn til å rekne med” at et 30 år gammelt hus skal være i samme kvalitetsmessige stand som et fem år gammelt hus. Hva kjøper kan forvente vil avhenge av hvor gammel boligen er. Jo eldre den er, desto mer må det forventes at det vil være behov for reparasjoner og vedlikeholdsarbeider som følge av alminnelig slitasje.

Dette kan eksemplifiseres med praksis fra domstolene. Nevnes kan for det første Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s. 1587. Det var spørsmål om en lekkasje fra taket utgjorde en mangel i forhold til avhendingsloven § 3-9 andre setning. Leiligheten det gjaldt var rundt 3 år gammel. Førstvoterende bemerker at ”..det dreier seg om en nesten ny leilighet av høy standard..” Av den grunn måtte det for kjøper ”..være en klar og sentral forutsetning at taket er tett.”

Videre kan det vises til avgjørelsen fra Gulating lagmannsrett av 18. januar 2000.²⁶ Fra kjøper var det anført at det var en mangel at varmtvannsberederen sluttet å virke. Lagmannsretten kom imidlertid til at dette ikke var en mangel fordi varmtvannsberederen var ”20 år gammel, og en kjøper må regne med at den da kan gå i stykker.”

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 21. februar 2003²⁷ måtte kjøper av et hus oppført i 1917 ”regne med at det var betydelige forhold som måtte utbedres.”

Tilsvarende ble det uttalt i dom av Borgarting lagmannsrett 4. april 2002²⁸ at kjøper av ca 70 år gammel boligeiendom ” måtte regne med at det forelå en del feil og skader.”

3.3.3.3 Vedlikehold

I forlengelsen av at boligens alder er relevant ved vurderingen av hva kjøper kan forvente, kommer *vedlikehold* av eiendommen inn som moment. Et totalrenovert bad må for eksempel kunne forventes å være så godt som feilfritt selv om huset i seg selv er av eldre dato.

Videre kan et hus som er mindre vedlikeholdt enn vanlig tilsi at kjøper må være forberedt på at flere feil enn på eiendommer som er normalt vedlikeholdt vil kunne dukke opp.

Om mangelfullt vedlikehold uttaler Borgarting lagmannsrett i dom av 23. november 2001²⁹ at kjøper av en ”gammel gård med så vidt dårlig innvendig vedlikehold måtte.. ..være forberedt på overraskelser i noen grad uten at det dermed kan sies å foreligge en vesentlig mangel.”

Tilsvarende uttales det i Gulating lagmannsretts dom 24. mai 2007³⁰ at dersom ”boligen [bærer] preg av mangelfullt vedlikehold kan dette være en indikator på at det også må forventes skjulte mangler”.

²⁶ LG-1999-00447.

²⁷ LB-2002-00899.

²⁸ LB-2001-01616.

²⁹ LB-2001-01613.

³⁰ LG-2006-148629.

3.3.3.4 Byggeskikk

Et tredje relevant moment i forhold til hva kjøper har grunn til å regne med er *byggeskikk*. Måten boliger bygges på endres etter hvert som tiden går. En byggeskikk som var vanlig for 100 år siden, kan i dag være uakseptabel fordi den ikke holder mål i forhold til dagens standard. Hvis ikke annet er oppgitt må kjøper regne med at boligen er oppført i samsvar med det som var vanlig byggeskikk på oppføringstidspunktet. Eventuelle ulemper ved boligen som har sammenheng med den tidligere måte å bygge på må da falle innenfor det kjøper har ”grunn til å rekne med”. Dette kan illustreres ved dom fra Borgarting lagmannsrett av 5. mars 2008.³¹ Fra kjøpers side var det anført at det var en mangel at det oppstod fukt og råte på grunn av isoleringsmetoden som var benyttet ved ombygging av boder til oppholdsrom. Selve ombyggingen var foretatt i 1996, mens huset for øvrig var fra 1962. Det var noe usikkerhet vedrørende gjeldende anbefalt isoleringsmetode i 1996, men retten kom til at kjøperne uansett ikke visste at ombyggingen hadde skjedd i 1996, og heller ikke hadde grunn til å tro noe annet enn at huset som helhet var oppført i samsvar med det som var vanlig byggeskikk i 1962. Problemer med kondens ”var da også helt vanlig i bygg fra denne tiden, hvilket er årsaken til at man senere gikk over til å isolere betongvegger fra utsiden. Det er derfor - slik lagmannsretten ser det - ikke grunnlag for å konstatere at disse rommene var i « vesentleg ringare stand » enn hva kjøperne hadde grunn til å regne med.”

En nylig (1. april 2008) avsagt dom fra Borgarting lagmannsrett viser det samme.³² Det omtvistede hus var et murhus bygget i 1882. Kjøper hevdet at bygningsmessige skader i form av fuktangrep utgjorde mangel etter avhendingsloven § 3-9. Retten uttaler at utgangspunktet for vurderingen etter avhendingsloven § 3-9 andre setning ”.. må nødvendigvis være at det dreier seg om et murhus som er oppført i 1882 etter datidens byggeskikk. En potensiell kjøper må da være forberedt på at det kan være betydelige bygningsmessige svakheter i et så gammelt hus..”

³¹ LB-2007-120680.

³² LB-2007-122535.

3.3.3.5 Opplysninger kjøper får fra selgersiden

Videre kan *opplysninger som kjøper får fra selgersiden* få betydning for kjøpers berettigede forventninger til eiendommen. I salgsoppgaven kan det for eksempel gis en beskrivelse av boligen, eller deler av boligen, som ”strøken”, ”nyoppusset”, ”totalrenovert” og lignende. Selger kan også omtale boligens stand i ubetinget positive og rosende ordelag. Dette er beskrivelser som kan gi kjøper en berettiget forventning om at boligen er i bedre stand enn tilsvarende boliger fra samme år. Motsatt vil mer negative beskrivelser som ”behov for oppussing” og ”renoveringsobjekt” være med på å dempe kjøpers berettigede forventninger til boligen.

I Rt. 1933 s. 1218 var sopp- og råteskader påberopt som mangel. Høyesterett påpeker blant annet at huset var forholdsvis gammelt og at byggemåten tilsa at det var fare for sopp. I utgangspunktet måtte kjøper da regne med at den omtvistede bygården var angrepet av sopp og råde. Kjøper var imidlertid uttrykkelig blitt opplyst om at bygården var ”i god stand og nyoppusset”. I tillegg var sopp- og råteskadene skjult for en vanlig undersøkelse. Høyesterett kunne derfor ”..ikke anse det rimelig at kjøperen skulde være forberedt paa at kjellerrummene til gaten var angrepet av den ekte hussopp, ..eller forberedt paa at bjelkene i bryggerhusets tak var helt ødelagt av poriasopp.” Når det ikke var mulig å oppdage manglene ved en ordinær besiktigelse, var det altså av avgjørende betydning for kjøpers berettigede forventninger at han fikk opplysninger som indikerte at huset var bedre enn hva omstendighetene for øvrig normalt skulle tilsi.

I Eidsivating lagmannsretts avgjørelse fra 26. april 2002³³ ble opplysninger som kjøper fikk presentert i salgsoppgave og tilstandsrapport tillagt betydning i forhold til hva hun hadde ”grunn til å rekne med”, jfr. avhendingsloven § 3-9 andre setning. Det dreide seg om et hus bygget i 1935. Selger var en eldre dame. Ut fra husets alder og at det var eid og bebodd av en eldre dame i lengre tid, tilsa i utgangspunktet at kjøper måtte regne med et ”visst oppdemmet vedlikeholdsbehov”. Dette var også et inntrykk som ble bekreftet for kjøper på visning. Kjøper fikk problemer med det elektriske anlegget, ved at sikringene røk ved et helt ordinært strømforbruk. I tillegg var det branntekniske feil ved pipen. Disse forhold ble gjort gjeldende som mangel. I dommen uttales det at ”[h]vis kjøperen ikke hadde hatt noe annet å bygge sin

³³ LE-2001-00653.

forventning om eiendommens tilstand på, ville de omstendighetene som senere er påvist, knapt kunne sies å innebære noe avvik fra det hun hadde grunn til å vente. Når man tar i betraktning det øvrige grunnlaget for de forventningene som forelå på salgstidspunktet, blir dette likevel annerledes.”

Det ”øvrige grunnlaget” for forventningene var først og fremst opplysninger i salgsoppgaven og en tilstandsrapport. Salgsoppgaven var eksempelvis å forstå som at det vesentligste av boligens elektriske anlegg var skiftet ut. Kjøper måtte da kunne regne med at det elektriske anlegget tålte et ordinært strømforbruk. Tilstandsrapporten ga på sin side kjøper grunn til å regne med at fyringsanlegget var i orden, og følgelig måtte kjøper kunne legge til grunn at det ikke forelå branntekniske feil ved pipen.

3.3.3.6 Momenter av subjektiv karakter

Utgangspunktet er som nevnt at vurderingen av hva kjøper har ”grunn til å rekne med” er objektiv. Vurderingen gjøres da på bakgrunn av hvilke berettigede forventninger en alminnelig forstandig person ville få på bakgrunn av det foreliggende opplysningsgrunnlag om eiendommen. En byggmester har imidlertid bedre forutsetninger for å oppdage bygningstekniske feil ved besiktigelse av en bolig. Det er derfor rimelig at det stilles noe strengere krav til en kjøper som har slike særlige individuelle forutsetninger for å oppdage mangler.

I Rt. 1933 s. 1218 var kjøper å anse som en fagmann som burde evnet å se at det var en risiko for at huset var angrepet av sopp. De konkrete omstendigheter førte dog til at kjøpers krav førte frem.

I RG 2001 s. 56 Eidsivating var det anført at problemer med muggsopp utgjorde en mangel etter avhendingsloven § 3-9. I takst og salgsprospekt var det opplyst om at huset var oppført med ”multimur”. Det var da ”..gitt opplysninger som sa en bygningskyndig at det måtte påregnes fukt og sopp i veggen dersom det i noen tid hadde stått vann mot muren.” Verken

kjøper eller selger var imidlertid bygningskyndige, og ingen av dem var således klar over den risiko opplysningene pekte mot. Når selger hadde opptrådt lojalt og gitt disse opplysningene til kjøper, ble risikoen for at huset kunne være angrepet av sopp uansett ansett for å være overført til kjøper. Dommen viser likevel at kjøpers individuelle forutsetninger kan ha betydning i forhold til hva han eller hun har ”grunn til å rekne med” etter avhendingsloven § 3-9 andre setning.

Det kan spørres om en også kan lempe på kravene til hva en kjøper har ”grunn til å rekne med” når kjøper har dårligere forutsetninger enn normalt til å fatte rekkevidden av det forelagte opplysningsgrunnlaget. Å ta slike hensyn ville kunne være prosesskapende, og rettsøkonomisk lite hensiktsmessig. Svaret må derfor bli nei. Dersom selger derimot forstår at kjøper ikke forstår rekkevidden av enkelte forhold, men likevel slutter kontrakt med kjøper, kan det være grunn til å se hen til prinsippene om lojalitet i kontraktsforhold. Avtaleloven § 33 kan eksempelvis utgjøre en skranke her.

3.4 Vesentligkriteriet

3.4.1 Innledning

Etter den alminnelige mangelsregel i avhendingsloven § 3-1 første ledd vil normalt et hvert avvik fra det kjøper med rimelighet kunne forvente av eiendommen være en kjøpsrettslig mangel. Etter avhendingsloven § 3-9 andre setning kreves det imidlertid mer. Kjøpers berettigede forventninger til eiendommen må holdes opp mot eiendommens faktiske tilstand. Først når eiendommens faktiske tilstand er ”vesentleg” dårligere enn kjøpers berettigede forventninger foreligger det mangel etter avhendingsloven § 3-9 andre setning. Spørsmålet er hva som skal til for at en eiendom er i ”vesentleg” dårligere stand enn kjøpers berettigede forventninger.

”Vesentleg” er et skjønnsmessig kriterium. Rent språklig må imidlertid vesentligkriteriet forstås som at eiendommens faktiske tilstand må avvike fra kjøpers berettigede forventninger i ikke ubetydelig grad. Etter ordlyden å dømme er det altså en relativt høy terskel for hva som er mangel etter avhendingsloven § 3-9 andre setning.

Forarbeidene sier ikke mye om hva som skal til for at vesentligkravet er oppfylt.³⁴ Det henvises til kjøpslovens odelstingsproposisjon hvor det om den tilsvarende regel i kjøpsloven uttales at misforholdet mellom tingens stand og det kjøper kunne regne med må være ”utvilsomt”.³⁵ Også dette tilsier at terskelen for at det skal foreligge mangel etter avhendingsloven § 3-9 andre setning skal være høy.

Det må også ses hen til at en ”som den er” klausul språklig sett innebærer at eiendommen ikke kan ha mangel. Avhendingsloven § 3-9 er ikke gitt for å pulverisere virkningen av et ”som den er” forbehold. Tvert i mot er slike forbehold fullt lojale å bruke. Bestemmelsen er derimot gitt for å *begrense* virkningen av slike generelle forbehold.³⁶ Det er da nærliggende å tolke ”vesentleg” dit hen at misforholdet mellom det kjøper regnet med om eiendommen og den tilstand eiendommen faktisk er i må være så stort at det nærmest vil være urimelig å avslå kjøpers mangelskrav på grunn av klausulen.

For å nærmere avklare hva som skal til for at eiendommen er i ”vesentleg” dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med, skal det i det følgende redegjøres for en del av den rettspraksis som foreligger om vesentligkriteriet.

3.4.2 ”Prosentlæren”

For en stor del har domstolene benyttet en ”prosentlære” for å avgjøre hvorvidt en eiendom er i ”vesentleg” dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med. Det er forholdet i prosent mellom utbedringskostnadene og kjøpesum som da har vært brukt som målestokk på hva som utgjør et ”vesentleg” avvik fra det kjøper hadde grunn til å forvente om eiendommen.

³⁴ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92

³⁵ Ot. prp. nr. 80 (1986-1987) s. 62

³⁶ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92

I RG 1998 s. 155 Borgarting lagmannsrett ble forholdet mellom kostnadene for å utbedre manglene vurdert i forhold til kjøpesummen. Utbedringskostnadene på ca 10 % av kjøpesummen var ”..så vidt betydelig sett i forhold til den samlede kjøpesum at vesentlighetskravet i avhendingsloven § 3-9 ansees tilfredsstilt..”

I Agder lagmannsretts dom av 23. desember 1997³⁷ ble utbedringskostnader på rundt 5,5 % (etter fradrag for standardforbedring) av kjøpesummen regnet for å oppfylle vesentligkravet i avhendingsloven § 3-9 andre setning.

På den annen side gis det i Frostating lagmannsretts dom 30. april 1998³⁸ uttrykk for at utbedringskostnader på ”mellom 1,5 – 1,75 % av kjøpesummen” ikke er tilstrekkelig til at vesentligkriteriet er oppfylt.

En slik ren forholdsmessighetsbetraktning har klart sine svakheter. Reparasjonsutgiftene vil for eksempel utgjøre en større prosentmessig andel av kjøpesummen når denne er lav i forhold til når den er høy. Når høy pris *kan* brukes som argument for at kjøper kan forvente god kvalitet, mens lav kjøpesum *kan* gjenspeile dårligere kvalitet, synes ikke en ren ”prosentlære” å være hensiktsmessig. Hvis den høye prisen gjenspeiler boligens kvalitet, burde det jo kreves mindre for at det skal foreligge mangel fordi kjøper hadde ”grunn til å rekne med” god kvalitet. I tillegg til dette vil problemstillingene rundt at kjøpesummen er drevet opp på grunn av en opphetet budrunde, eller at kjøpesummen er høy på grunn av eiendommens beliggenhet etc. , gjøre seg gjeldende også her.

En mer nyansert vurdering foretas da også i Borgarting lagmannsretts dom 22. desember 1999.³⁹ Problemstillingen rundt høy kjøpesums betydning for den prosentmessige andel reparasjonsutgiftene utgjør, ble tema for retten. Utbedringskostnadene var etter fradrag for standardforbedring på kr 85 000 mens kjøpesummen var kr 3 200 000 (altså 2,6 %). Retten kom til at vesentligkravet var oppfylt. Det kunne etter rettens mening ”..ikke være helt uten interesse at kjøpesummen er relativt høy pga eiendommens beliggenhet i et pressområde. De aktuelle mangler har ingen sammenheng med eiendommens beliggenhet, og boligkjøpere må i

³⁷ LA-1997-235.

³⁸ LF-1997-816.

³⁹ LB-1999-1911.

utgangspunktet kunne stille samme krav til identiske baderom uavhengig av hvor i landet boligene ligger.”

I Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebodommen) uttaler Høyesterett at utbedringskostnader på 6 % av kjøpesummen (7 % av taksten) ”[r]ent kvantitativt.. ..utvilsomt [kan] være tilstrekkelig til at en feil anses som vesentlig” (s. 1429). Deretter bemerkes det at en kvantitativ betraktning ”i seg selv” har liten betydning i saken. Det sies videre at ”..man må ut fra de konkrete forholdene se på hva kjøperne hadde grunn til å regne med om boligens tilstand”.

Med Bukkebodommen slår Høyesterett fast at det rene prosentforholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum har liten betydning isolert sett for vurderingen etter avhendingsloven § 3-9 andre setning.

I juridisk teori har det vært vanlig å søke en slags veiledende prosentgrense for hva som er et vesentlig avvik fra kjøpers berettigede forventninger. Bergsåker konkluderer for eksempel med at utbedringskostnader på 3-4 % av kjøpesummen eller mer er ”kvantitativt tilstrekkelig” til å oppfylle vesentligkriteriet. Han påpeker imidlertid at en slik kvantitativ betraktning kan gi veiledning, men at den ikke er avgjørende.⁴⁰ Og det er nok slik at utbedringskostnader på rundt 4 % av kjøpesummen og oppover fører til at vesentligkriteriet er oppfylt når ikke konkrete omstendigheter tilsier noe annet. Når vurderingene av om vesentliggrensen er overskredet nødvendigvis må bli veldig konkrete, synes en slik ”prosentgrense” likevel å være av begrenset interesse. Vesentligkriteriets *relative karakter* gjør at en fast grense for hvor mange prosent av kjøpesummen utbedringskostnadene må utgjøre for at kriteriet skal anses oppfylt ikke lar seg gjøre. På den annen side er det nødvendig med en form for kvantitativ betraktning for å avgjøre hvorvidt det foreliggende avvik fra kjøpers forventninger er vesentlig. Derfor vil det prosentvise forholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum likevel kunne være et nyttig hjelpemiddel i vesentligvurderingen.

⁴⁰ Bergsåker; Kjøp av fast eiendom, s. 178.

3.4.3 Høye og lave utbedringskostnader i forhold til kjøpesummen – de konkrete omstendigheters betydning

I Bukkebodommen var utbedringskostnadene på 6 % av kjøpesummen. Kjøperne vant ikke frem med sitt mangelskrav. De konkrete omstendigheter, nemlig opplysninger i salgsoppgave, takst og selgers egenerklæring, samt at kjøperne flere ganger ble oppfordret til å undersøke eiendommen nærmere, gjorde at boligen ikke var i vesentlig dårligere stand enn kjøperne hadde grunn til å regne med.

På samme måte kan konkrete omstendigheter gjøre at forholdsvis lave utbedringskostnader i forhold til kjøpesummen ikke er til hinder for at vesentligkravet er oppfylt. I Rt. 2007 s. 1587 var utbedringskostnadene på kr. 200 000 i forhold til en kjøpesum på kr. 6 200 000.

Høyesterett uttalte at dette var ”..et forholdsvis beskjedent beløp i forhold til kjøpesummen..” (3,2 %). Resultatet ble imidlertid at det forelå mangel ved leiligheten. Førstvoterende uttaler : ”Når jeg likevel er kommet til at det foreligger en mangel etter [avhendingsloven § 3-9 andre setning], skyldes det at det dreier seg om en nesten ny leilighet av høy standard, hvor det for kjøper må være en klar og sentral forutsetning at taket er tett. En sprekk i taket og et vannlekkasjeproblem skaper en utrygghet som er uakseptabel i et slikt avtaleforhold.” Dommen viser at vesentligkriteriet er relativt, og at de konkrete omstendigheter, ”tilhøva elles”, må tas i betraktning ved vurderingen.

Videre kan det fra lagmannsrettspraksis nevnes Agder lagmannsretts dom fra 23. juli 2002⁴¹, hvor kjøper påberopte at det forelå mangel på grunn av en konstruksjonsfeil i form av underdimensjonering av betongdekke/stålbjelke over garasje. Utbedringskostnadene for å få betongdekket tilstrekkelig dimensjonert var på kr 40 000. Kjøpesummen var på kr 1 750 000. Selger hadde erkjent ansvar for en annen mangel med ca kr 30 000. Ved vurderingen etter avhendingsloven §3-9 andre setning var spørsmålet for lagmannsretten om utbedringskostnader på kr 70 000 var vesentlig i forhold til kjøpesummen og forholdene ellers. I forhold til kjøpesummen var utbedringskostnadene på 4 %. Retten var ”i noen tvil på dette punkt”. Imidlertid la retten avgjørende vekt på mangelens art. Det dreide seg om en konstruksjonsfeil, og retten mente at kjøper hadde grunn til å forvente at det ikke skulle

⁴¹ LA-2001-806.

behefte noen mangler ved konstruksjonen. Dermed ble vesentligkriteriet i avhendingsloven § 3-9 andre setning ansett oppfylt, og kjøper ble tilkjent prisavslag.

Lave prosentvise utbedringskostnader trenger heller ikke være til hinder for at vesentligkravet er oppfylt når kjøpesummen er ekstra høy på grunn av boligens beliggenhet i et pressområde, eller når kjøpesummen er drevet opp av en opphetet budrunde. Jfr. den ovenfor nevnte dom fra Borgarting lagmannsrett 22. desember 1999 om høy pris på grunn av boligens beliggenhet i et pressområde.

På den annen side kan man tenke seg tider hvor boligmarkedet er tregt og kjøpesummen av den grunn er lav. Utbedringskostnadene vil da utgjøre en tilsvarende høyere prosentmessig andel av kjøpesummen. Det er klart at også dette er en omstendighet som må tas i betraktning når det skal avgjøres om avviket fra det kjøper hadde grunn til å regne med er vesentlig.

3.4.4 Flere mindre feil til sammen ”vesentleg”?

Et spørsmål for seg er om flere små feil, som isolert ikke er å regne som mangel, til sammen kan medføre at eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med etter avhendingsloven § 3-9 andre setning. Ordlyden i avhendingsloven § 3-9 andre setning forstås imidlertid som at det avgjørende er om *eiendommen totalt sett* er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å forvente ut fra kjøpesummen og forholdene ellers. I et tilfelle med mange små feil som isolert ikke er å betrakte som mangler, vil vurderingen etter avhendingsloven § 3-9 andre setning derfor være den samme som ellers. Først må det bringes klarhet i hva kjøper ut fra de konkrete omstendigheter hadde grunn til å forvente om eiendommens tilstand. Hvis de små feil til sammen medfører at eiendommen er i dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med, må det, her som ellers, vurderes konkret om disse feilene til sammen utgjør et ”vesentleg” avvik fra kjøpers berettigede forventninger.

3.4.5 Hvordan skal det prosentvise forholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader beregnes?

Som det fremgår er ikke det prosentvise forholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader avgjørende. Det blir imidlertid hyppig benyttet som et *hjelpemiddel* for vesentligvurderingen etter avhendingsloven § 3-9 andre setning. De senere år har boligmarkedet vært preget av en relativt høy prisstigning på boliger. Tilsvarende har kostnader forbundet med håndverkertjenester også økt betydelig. Det prosentvise forholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum kan da stille seg forskjellig alt etter hvordan denne beregningen gjøres. Spørsmålet blir hvilke beløp som skal være utgangspunktet ved beregningen av forholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader.

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 23. august 2002⁴² utgjorde utbedringskostnadene kr 102 000 på tidspunktet manglene ble oppdaget (1999 og 2000). Huset ble kjøpt i 1996 for kr 3 000 000. Prosentvis i forhold til kjøpesummen utgjør da utbedringskostnadene 3,4 %. Selgerne anførte imidlertid at det ved vesentligvurderingen etter avhendingsloven § 3-9 måtte tas utgangspunkt i dagens verdi på huset. Lagmannsretten tar først for seg forskjellige syn på ”prosentlæren” og viser blant annet til Bergsåkers standpunkt om at grensen for vesentlighet synes å ligge på 3-4 prosent. Det bemerkes av retten at den ”..anser en slik prosentmessig beregning av utbedringskostnadene i forhold til kjøpesum som et *hjelpemiddel* i den totalvurdering som må gjøres når det skal bedømmes om eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med.” Retten fant det ikke riktig å legge 1996-kjøpesummen til grunn når utbedringskostnadene var fra 1999 og 2000. Det vises til at prisene på brukte eneboliger i Oslo og Bærum har steget 76,2 % i perioden 1996 til 2000. Retten legger så boligens verdi i 2000 til grunn for vurderingen: ”1996-kjøpesummen tilsvarte etter dette i 2000 kroner 5.286.000, og utbedringskostnadene utgjør da 1,9%.”

Som det fremgår ble prosentforholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum et helt annet med denne metode å beregne på. Lagmannsretten bemerker at den prosentvise beregningen kun er et hjelpemiddel, og således ikke avgjørende, men at den understøtter det standpunkt retten for øvrig etter en totalvurdering har kommet til – at boligen ikke var i vesentlig dårligere stand enn kjøperne hadde grunn til å regne med.

⁴² LB-2001-03259.

Hvordan den prosentvise beregningen skal foretas ble problemstilling også i dommen fra Borgarting lagmannsrett 10. september 2003.⁴³ Huset var kjøpt i 1998 for kr 800 000. Mangler som viste seg i 2001 beløp seg til kr 34 286, altså 4,29 % av kjøpesummen. Selgerne anførte at det var taksten på kr 850 000 som måtte legges til grunn, og at denne måtte justeres for prisstigningen i likhet med den ovenfor nevnte dom. Utbedringskostnadene ville slik beregnet utgjøre 1,84 %.

Lagmannsretten kom til at det var kjøpesummen på kr 800 000 som måtte legges til grunn; ”[v]erken loven, forarbeidene eller rettspraksis gir etter lagmannsrettens oppfatning grunnlag for å ta hensyn til prisstigningen på eiendommen i tiden etter kjøpet. Loven henviser til «kjøpesummen», og med unntak av Borgarting lagmannsretts dom av 23. august 2002, er retten ikke kjent med rettspraksis som legger annet i dette enn den faktiske kjøpesum eller takst.” Resultatet ble at eiendommen var i vesentlig dårligere stand enn kjøperne hadde grunn til å regne med etter avhendingsloven § 3-9 andre setning.

Det foreligger altså ingen fast praksis for hvordan det prosentvise forholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum skal beregnes. Domstolene har imidlertid i all hovedsak holdt dagens utbedringskostnader opp mot den faktiske kjøpesummen.

I noen tilfeller vil det ikke ha så mye å si hvordan det gjøres, mens i andre tilfeller vil det kunne ha stor betydning, jfr. de ovennevnte dommene. Denne beregningen er uansett ikke avgjørende. Like fullt blir den i stor grad benyttet som et hjelpemiddel for vesentligvurderingen etter avhendingsloven § 3-9 andre setning. Dette tilsier at det bør benyttes den metode som gir det mest rettferdige bildet på forholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum.

Den metode som hovedsakelig benyttes av domstolene er som nevnt at dagens utbedringskostnader holdes opp mot den faktiske kjøpesummen. Ulempen med denne metoden er at boligprisene i tiden fra kjøpet til mangelen oppdages kan ha steget eller sunket i verdi. Kostnadene for utbedring av manglene kan også ha forandret seg i betydelig grad. Et alternativ er da metoden som ble benyttet i den ovenfor nevnte avgjørelsen fra Borgarting

⁴³ LB-2002-3745.

lagmannsrett 23. august 2002, nemlig å justere kjøpesummen til dagens kjøpesum og holde denne opp mot dagens utbedringskostnader. Også denne metode har imidlertid sine svakheter. Boligprisene vil selvsagt variere. I perioder, som i de senere år, vil de gjerne stige kraftig, mens i andre perioder vil de kunne synke relativt betydelig. Dette vil følgelig ha stor innvirkning på prosentforholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum.

En tredje alternativ metode for å regne prosentforholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader peker seg imidlertid ut som hensiktsmessig. Det er å justere dagens utbedringskostnader til utbedringskostnadene på kjøpstidspunktet. Slik får man belyst det reelle verdiminus som forelå på kjøpstidspunktet. Statistisk sentralbyrå har statistikker på prisutviklingen for de fleste håndverkertjenester, følgelig vil ikke denne metoden innebære noen særlig vanskeliggjøring av beregningen.

3.4.6 Forholdet mellom vesentligkriteriet og mangler som kan påberopes etter §§ 3-7 og 3-8

Det kan spørres om forhold som kan påberopes i medhold av §§ 3-7 og 3-8 teller med i vesentligvurderingen etter avhendingsloven § 3-9 andre setning. Forholdet kan for eksempel være at selger har unnlatt å informere om en lekkasje han kjente til. Ved tvist om boligen totalt sett er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med, må dette forholdet kunne tas med i vurderingen. I motsatt fall ville det kommet kjøper til skade at selger har forsømt sin opplysningsplikt.⁴⁴

⁴⁴ Bergsåker; Kjøp av fast eiendom, s. 179.

3.5 Forholdet til reklamasjonsfristen

Avhendingsloven § 4-19 første ledd foreskriver at reklamasjon over mangler må skje innen ”rimelig tid” etter at mangelen ble eller burde ha blitt oppdaget. Dersom selger ikke reklamerer innen rimelig tid er utgangspunktet at mangelen ikke kan gjøres gjeldende.

Det kan tenkes at kjøper oppdager en mangel som i første omgang synes å være liten, men som i ettertid viser seg å være stor. I et slikt tilfelle kan det tenkes at kjøper unnlater å reklamere i første omgang fordi han anser skaden som bagatellmessig. Når skaden senere viser seg å ha et stort omfang, oppstår spørsmålet om selger kan møte kjøper med at reklamasjonsfristen er oversittet. I forhold til den alminnelige mangelsregel i avhendingsloven § 3-1 må nok kjøper i et slikt tilfelle være avskåret fra å rette krav mot selger. I forhold til avhendingsloven § 3-9 andre setning må konklusjonen derimot bli motsatt. Om det kan slås fast at kjøper ikke ”burde” ha oppdaget mangelens fulle omfang i første omgang, kan ikke reklamasjonsfristen være oversittet når det gjelder å påberope mangel etter denne bestemmelsen. Det er jo først når eiendommen er i ”vesentleg” dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med at det foreligger mangel.

Det kan imidlertid være mer grunn til tvil dersom det er på det rene at kjøper har oversittet reklamasjonsfristen etter å ha oppdaget en feil. Dersom det senere oppdages andre mangler som det reklameres over, kan det reises spørsmål om den feilen det ikke ble reklamert over kan tas med i totalvurderingen etter avhendingsloven § 3-9 andre setning. Bergsåker nevner som eksempel på et slikt tilfelle at kjøper i første omgang unnlater å reklamere fordi han ikke vil bry selgeren med småting. Dersom det senere viser seg å dukke opp andre mangler som til sammen gjør forholdet mer alvorlig, kan det i følge Bergsåker ”virke urimelig” å se bort fra de mangler det ikke ble reklamert over. Etter hans mening må derfor også slike mangler ”etter omstendighetene” kunne trekkes inn i vesentligvurderingen.⁴⁵

Ordlyden i avhendingsloven § 4-19 åpner imidlertid ikke for konkrete unntak fra regelen om å reklamere innen rimelig tid. Det er i hovedsak lojalitetshensyn som ligger bak reklamasjonsreglene. Selger skal kunne legge til grunn at salget av eiendommen er endelig avgjort dersom han ikke hører noe fra kjøper. I situasjonen som skisseres av Bergsåker har

⁴⁵ Bergsåker; Kjøp av fast eiendom, s. 179.

kjøper i og for seg opptrådt lojalt. Samtidig foretar kjøper et bevisst valg når han lar være å reklamere på mangelen. Den manglende reklamasjonen innebærer at han aksepterer at mangelen må dekkes av ham selv. Konklusjonen må derfor bli at kjøper ikke kan ta denne mangelen med i en senere vesentligvurdering etter avhendingsloven § 3-9.

3.6 Avhendingsloven § 3-9 andre setning og forholdet til andre mangelsbestemmelser i avhendingsloven

3.6.1 Innledning

Et ”som den er” forbehold innebærer som nevnt at hovedregelen om mangler i avhendingsloven § 3-1 ikke kommer til anvendelse. Det er imidlertid flere andre bestemmelser i avhendingsloven som har regler om særlige typer mangler, jfr. avhendingsloven §§ 3-2, 3-3 – 3-6 og 4-17 – 4-18. Spørsmålet er om disse bestemmelsene fravikes ved et alminnelig ”som den er” forbehold. I så tilfelle innebærer det at også de feil som reguleres av disse bestemmelsene må vurderes etter avhendingsloven § 3-9. I motsatt fall vil det innebære at bestemmelsene kan påberopes på tross av en ”som den er” klausul.

Avhendingsloven § 3-9 gir uttrykkelig anvisning på at §§ 3-7 og 3-8 slår igjennom overfor et ”som den er” forbehold. Det kan da synes naturlig å trekke den motsetningsvise slutning at det ikke er andre bestemmelser som har gjennomslagskraft i forhold til et alminnelig forbehold. Av forarbeidene fremgår det imidlertid at et generelt forbehold ”kan” innebære en innskrenkning i forhold til andre regler i avhendingsloven.⁴⁶ Dette taler mot en slik antitetisk tolkning av avhendingsloven § 3-9.

⁴⁶ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

3.6.2 Forholdet til avhendingsloven § 3-2 første ledd – formålsmangler

Det fremgår av forarbeidene at det praktisk sett særlig er avhendingsloven § 3-2 første ledd et ”som den er” forbehold vil innebære en innskrenkning i forhold til.⁴⁷ Avhendingsloven § 3-2 første ledd litra a foreskriver at en eiendom har mangel dersom den ikke ”høver for dei føremål som tilsvarende eigedomar vanlegvis vert brukt til”. Bestemmelsen uttrykker et generelt kjøpsrettslig prinsipp om formålstjenlighet, og er subsidiær i forhold til avhendingsloven § 3-1.⁴⁸ Det vil ifølge forarbeidene bero på en nærmere tolkning av det forbeholdet som er tatt, herunder en vurdering av det i forhold til omstendighetene ved eiendommen for øvrig, om avhendingsloven § 3-2 første ledd skal regnes som tilsidesatt.⁴⁹

Et ”som den er” forbehold må sies å forutsette at de alminnelige mangelsregler ikke skal komme til anvendelse. Utgangspunktet må da være at avhendingsloven § 3-2 første ledd tilsidesettes ved et ”som den er” forbehold.⁵⁰

3.6.3 Forholdet til avhendingsloven § 3-2 annet ledd – forskriftsmangler

Avhendingsloven § 3-2 annet ledd lyder: ”Ved forbrukarkjøp som nemnt i § 1-2 tredje ledd skal eiendomen vere i samsvar med offentlegrettslege krav som er stilt i lov eller i medhald av lov, og som gjaldt for eiendomen på den tida då avtala vart inngått. Dette gjeld likevel ikkje dersom tilhøva viser at kjøparen for så vidt ikkje bygde på seljarens sakkunnskap og vurdering, eller ikkje hadde rimeleg grunn til å gjere det.”

Fra tid til annen har det i rettspraksis blitt påberopt at denne bestemmelsen har gjennomslagskraft overfor et vanlig ”som den er” forbehold. Det påberopes altså at slike mangler ikke reguleres av avhendingsloven § 3-9 andre setning.

⁴⁷ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

⁴⁸ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 79.

⁴⁹ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) s. 92.

⁵⁰ Krüger; Norsk kjøpsrett, s. 241, Martinussen; Avhendingsrett, s. 128.

I forarbeidene til avhendingsloven § 3-2 er det uttalelser om bestemmelsens fravikelighet. Det sies at ”..med det utgangspunkt som følger av § 3-2 andre ledd, må seljaren i så fall sørge for å ta eit klårt atterhald i avtala, i alle fall i dei tilfella ikkje også andre omstende rundt avhendinga gir eit klårt varsel om at samsvar med offentlegrettslege reglar m.m ikkje er føresett.”⁵¹

Forarbeidene gir altså uttrykk for at det må tas et klart forbehold for at avhendingsloven § 3-2 annet ledd skal anses fraveket. Dette kan tale for at et ”som den er” forbehold ikke er tilstrekkelig til å fravike bestemmelsen.

I teorien har Bergsåker gitt uttrykk for at avhendingsloven § 3-2 annet ledd har gjennomslagskraft overfor ”som den er” forbehold.⁵² Han sier imidlertid at vurderingen kan bli annerledes hvis ”salgsdokumentasjonen eller andre konkrete forhold i tilknytning til den enkelte eiendommen medfører at kjøperen må regne med at eiendommen ikke oppfyller alle offentligrettslige krav”.⁵³

Praksis fra lagmannsrettene om spørsmålet var lenge sprikende, men rettsstilstanden må anses avklart med Høyesteretts dom i Rt. 2005 s. 1281.

Det var tvist om forskriftsmangler ved badet falt utenfor kjøpekontraktens ansvarsbegrensning etter avhendingsloven § 3-9. Kjøperne anførte at selv om forskriftsmangler ikke var nevnt i avhendingsloven § 3-9 måtte slike mangler likevel kunne gjøres gjeldende i tilfeller der det er tatt et ”som den er” forbehold. Dette begrunnet de med at avhendingsloven § 3-9 ikke var uttømmende. Etter kjøpernes syn var det støtte for dette i avhendingslovens forarbeider. Kjøperne begrunnet også sin anførsel med at hensynet til å beskytte kjøpere mot urimelige resultater tilsa at fraskrivelse av ansvar for forskriftsmangler må skje på en tydeligere måte enn en generell ansvarsfraskrivelse (avsnitt 26 i dommen).

Når førstvoterende skal ta stilling til spørsmålet starter han med å slå fast at ordlyden i avhendingsloven § 3-9 ikke åpner for at første punktum skal få anvendelse på andre typer

⁵¹ Ot.prp. nr 66 (1990-1991) s. 79.

⁵² Bergsåker; Kjøp av fast eiendom, s. 263.

⁵³ Bergsåker; Kjøp av fast eiendom, s. 265.

mangler enn det som følger av §§ 3-7 og 3-8. Det påpekes videre at heller ikke forarbeidene gir støtte for dette. De ulike syn i juridisk teori finner førstvoterende ikke grunn til å gå inn på. I stedet viser han til lagmannsrettens begrunnelse i RG 2004 s. 72 Borgarting. Han gjengir en del av begrunnelsen, og tiltrer lagmannsrettens syn, men tilføyer: ”Til lagmannsrettens bemerkning om at forskrifter både kan gjelde forhold av vesentlig og av mindre vesentlig betydning, tilføyer jeg at det vel også kan være noe tilfeldig i hvilken grad ulike sider ved et byggearbeid i det hele tatt blir regulert ved offentlige krav. Slik § 3-9 lyder, vil bestemmelsen helst omfatte de klare og/eller vesentlige mangler. I den grad en forskriftsmangel har resultert i en vesentlig mangel, vil § 3-9 annet punktum kunne anvendes. Det er uansett ikke tale om en slik mangel i den foreliggende sak.” (avsnitt 53 i dommen).

Rettstilstanden må med denne dommen fra Høyesterett sies å være avklart. Det var riktignok dissens 4-1, men dissensen gjaldt ikke spørsmålet om forholdet mellom avhendingsloven § 3-2 annet ledd og ”som den er” forbehold.

Forskriftsmangler står således ikke i noen særstilling i forhold til generelle forbehold. Som for andre mangler må det vurderes om forskriftsmangler utgjør mangel på grunn av manglende eller uriktige opplysninger etter avhendingsloven § 3-9 første punktum. Hvis ikke er man henvist til vesentligvurderingen i avhendingsloven § 3-9 andre setning.

3.6.4 Forholdet til avhendingsloven § 3-3 – arealsvikt

Avhendingsloven § 3-3 lyder: ”Har eigedomen mindre grunnareal (tomt) enn kjøparen har rekna med, er det likevel ikkje mangel utan at arealet er vesentleg mindre enn det som er opplyst av seljaren, eller seljaren har bore seg særleg klanderverdig åt.”

Bestemmelsen kan ikke fravikes til ugunst for forbrukerkjøper, jfr. avhendingsloven § 1-2 annet ledd andre setning. Det vil si at den slår igjennom overfor et alminnelig forbehold.

3.6.5 Forholdet til avhendingsloven §§ 3-4 – 3-6a - tilbehørsmangler

Disse bestemmelsene er fravikelige, jfr. avhendingsloven § 1-2. Likt som i forhold til avhendingsloven § 3-2 første ledd, må et ”som den er” forbehold forstås som at disse bestemmelsene fravikes. Dermed må mangler etter disse bestemmelsene vurderes etter avhendingsloven § 3-9.

3.6.6 Forholdet til avhendingsloven §§ 4-17 og 4-18 – retts- og rådighetsmangler

Bestemmelsene er ufravikelige i forbrukerkjøp, jfr. avhendingsloven § 1-2 annet ledd andre setning. Både § 4-17 og § 4-18 henviser til at ”føresegnene om manglar” gjelder tilsvarende for forhold som omfattes av bestemmelsene. Dermed vil et ”som den er” forbehold medføre at vurderingen av om det foreligger mangler etter §§ 4-17 og 4-18 må foretas etter avhendingsloven § 3-9.

4 Register

4.1 Litteratur

Bergsåker, Trygve; Kjøp av fast eiendom, 4. utgave, Oslo 2003

Hov, Jo; Avtaleslutning og ugyldighet, 3. utgave, Oslo 2002

Krüger, Kai; Norsk kjøpsrett, 4. utgave, Oslo 1999

Martinussen, Roald; Avhendingsrett, Oslo 2007

Nygaard, Nils; Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave, Bergen 2004

Wyller, Christian Fredrik; Kjøpsretten i et nøtteskall, 3. utgave, Stavanger 1997

4.2 Dommer

4.2.1 Høyesterett

Rt. 1926 s. 535

Rt. 1933 s. 128

Rt. 1934 s. 92

Rt. 1982 s. 1357

Rt. 1997 s. 70

Rt. 2002 s. 696

Rt. 2002 s. 1425

Rt. 2005 s. 1281

Rt. 2007 s. 1587

4.2.2 Lagmannsrettene

RG 1998 s. 155 Borgarting

RG 1998 s. 1483 Borgarting

RG 2001 s. 56 Borgarting

RG 2001 s. 643 Borgarting

RG 2004 s. 357 Frostating

LA-1997-235

LA-2001-531

LA-2001-806

LB-1999-1911
LB-2001-3067
LB-2001-01613
LB-2001-01616
LB-2001-03259
LB-2002-00899
LB-2002-3745
LB-2007-120680
LB-2007-122535

LE-2001-653

LF-1997-816

LG-1999-00447
LG-2006-148629

4.3 Forarbejder

Ot. prp. nr. 66 (1990-1991)
Ot. prp. nr. 80 (1986-1987)
Innst. O. nr. 71 (1991-1992)